

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.935/12/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000165981-11
Recurso de Revisão: 40.060132150-05
Recorrente: Companhia Siderúrgica Pitangui
IE: 514014205.00-88
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Vinícius Mattos Felício/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - SIMPLES NACIONAL. Constatado, mediante Verificação Fiscal Analítica, aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições junto a estabelecimentos inscritos no regime do Simples Nacional. Eventuais estornos de créditos devem acompanhar os respectivos períodos de apuração, não sendo possível a Autuada acumular créditos irregulares para estorná-los em um só período de apuração do imposto. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6763/75. Entretanto, deve a multa isolada ser calculada sobre o montante do crédito irregularmente apropriado e excluído, do estorno dos créditos promovido pelo Fisco, os regularmente destacados nos documentos fiscais, nos termos do art. 23 da Lei Complementar nº 123/06.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - DOCUMENTO FISCAL FALSO/IDEOLOGICAMENTE FALSO. Imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais declaradas ideologicamente falsas nos termos do art. 39, § 4º, inciso II da Lei nº 6.763/75. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXI, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, tendo em vista que a acusação fiscal não se encontra de acordo com a verdade material vez que não ocorreu à apropriação dos créditos, pois as operações foram realizadas sob o amparo do diferimento do imposto, cancela-se o ICMS e a multa de revalidação. Mantida a multa isolada uma vez que a penalidade exigida permite a subsunção dos fatos ao tipo descrito na norma.

Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de agosto de 2005 a janeiro de 2010, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em decorrência de aproveitamento indevido de crédito de ICMS originário de aquisições de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadoria junto a empresas enquadradas no Simples Nacional, bem como acobertadas por notas fiscais falsas e/ou ideologicamente falsas.

Exige-se, originalmente, ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 e Multas Isoladas capituladas no art. 55, incisos XXVI e XXXI da mencionada lei.

Da Decisão Recorrida

Apreciado o lançamento, a 3ª Câmara, em sessão realizada no dia 09 de maio de 2012, por meio da decisão consubstanciada no Acórdão nº 20.468/12/3ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento para, com relação ao item 01 do Auto de Infração (AI), calcular a multa isolada sobre o valor do crédito irregularmente apropriado e excluir a parte das exigências fiscais referentes às notas fiscais da R & F Comércio de produtos Florestais Ltda (fls. 2786/2882) que se enquadra ao art. 23 da Lei Complementar nº 123/06 e, quanto à exigência do item 02 do AI, excluir o ICMS e a multa de revalidação.

Do Recurso de Revisão Interposto pela Autuada

A Recorrente/Atuada interpôs Recurso de Revisão (fls. 7429/7451), alegando, em síntese, a nulidade do Auto de Infração com os mesmos argumentos utilizados em sua Impugnação e, eventualmente, buscou demonstrar a efetiva ocorrência das operações de circulação de mercadoria que ampararam a emissão das notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, tecendo ao final suas considerações sobre a natureza confiscatória da penalidade aplicada em desrespeito aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Pede, ao final, que seja admitido o recurso e cancelado integralmente o lançamento, no que tange à exigência que restou remanescente.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Do Mérito

Considerando que a fundamentação do Acórdão recorrido não se contrapõe à decisão ora tomada por esta Câmara Especial e, por consequência, vai ao encontro das discussões alinhavadas nesta sessão de julgamento, transcreve-se aquela decisão, com as adequações pertinentes, apresentadas a seguir.

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de agosto de 2005 a janeiro de 2010, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em decorrência de aproveitamento indevido de crédito de ICMS originário de aquisições de

mercadoria junto a empresas enquadradas no Simples Nacional, bem como acobertadas por notas fiscais falsas e/ou ideologicamente falsas.

Inicialmente, afastaram-se as questões prefaciais por terem sido devidamente analisadas na decisão *a quo*, passando-se a analisar o mérito da decisão recorrida.

Das Empresas do Simples Nacional

Conforme visto na fase preliminar, a acusação fiscal diz respeito ao aproveitamento indevido de créditos destacados em documentos fiscais emitidos por estabelecimentos inscritos no regime de apuração do Simples Nacional.

Os valores foram levados à recomposição da conta gráfica conforme planilha de fls. 44/46.

O livro de Registro de Entradas indica a apropriação dos créditos, situação essa confirmada pela Autuada em sua peça de defesa.

A única alegação, a de que teria estornado os créditos, não veio acompanhada da indicação dos respectivos períodos em que os estornos foram realizados, mesmo após a intimação para cumprimento de despacho interlocutório.

Na documentação juntada pela Defesa constata-se, pelo livro de Apuração do ICMS (fls. 3.467), no Quadro Débito do Imposto (003), a existência de um estorno de crédito para ajuste de apuração do ICMS referente a carvão oriundo de outra Unidade da Federação, no valor de R\$ 85.674,37. Isoladamente este valor nada tem a ver com o valor exigido no mês de janeiro de 2010, cujo estorno é de R\$ 3.316,73 (fls. 43).

Comparando o total estornado pelo Fisco para esta rubrica (R\$ 133.976,80) com o total estornado pela Autuada, também não se verifica uma relação segura, de modo a se comprovar que o estorno se refere aos créditos identificados pelo Fisco.

Além do mais, em se tratando de créditos de períodos anteriores, eventuais estornos demandariam a Recomposição da Conta Gráfica pelo Contribuinte ou o recolhimento em DAEs distintos, não sendo possível acumular créditos indevidos e estorná-los em apenas um período.

Restou demonstrado que a Recorrente escriturou e apropriou, de forma equivocada, crédito de ICMS de diversas NFs emitidas por empresas optantes pelo Simples Nacional, considerando a alíquota de 12% (doze por cento), o que foi objeto de estorno por parte do Fisco.

Contudo, dispõe o art. 23 da Lei Complementar nº 123/06, sobre a possibilidade do aproveitamento de crédito destacado em notas fiscais de empresas optantes pelo Simples Nacional, nas condições que estabelece:

Seção VI

Dos Créditos

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

A hipótese legal é situação típica das Notas Fiscais emitidas por R & F Comércio de Produtos Florestais Ltda (fls. 2786/2882), cujo crédito corretamente destacado, conforme segue, não deve ser objeto de estorno:

Crédito ref. A NFs de R&F Com. LTDA, nos termos o art. 23 da LC 123/06					
NFs de fls. 2786 a 2882					
REMETENTE	Nº NF	DATA	CRÉDITO%	CRÉDITO VALOR	FLS
R&F COM. LTDA	33	26/05/2009	1,25	85,62	2786
R&F COM. LTDA	36	27/05/2009	1,25	85,62	2788
R&F COM. LTDA	38	04/06/2009	1,25	85,62	2790
R&F COM. LTDA	39	06/06/2009	1,25	85,62	2792
R&F COM. LTDA	41	08/06/2009	1,25	85,62	2794
R&F COM. LTDA	43	18/06/2009	1,25	85,62	2798
R&F COM. LTDA	44	18/06/2009	1,25	85,62	2800
R&F COM. LTDA	45	20/06/2009	1,25	85,62	2801
R&F COM. LTDA	47	02/07/2009	1,25	68,56	2804
R&F COM. LTDA	46	29/06/2009	1,25	67,81	2806
R&F COM. LTDA	49	06/07/2009	1,25	68,96	2808
R&F COM. LTDA	50	10/07/2009	1,86	100,90	2810
R&F COM. LTDA	51	14/07/2009	1,86	100,90	2812
R&F COM. LTDA	52	17/07/2009	1,86	100,90	2814
R&F COM. LTDA	53	22/07/2009	1,86	100,90	2816
R&F COM. LTDA	63	28/08/2009	2,33	126,40	2820
R&F COM. LTDA	64	09/09/2009	2,33	126,40	2822
R&F COM. LTDA	65	11/09/2009	2,33	126,40	2826
R&F COM. LTDA	66	17/09/2009	2,33	126,40	2829

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

R&F COM. LTDA	67	25/09/2009	2,33	126,40	2834
R&F COM. LTDA	70	09/10/2009	2,33	126,40	2836
R&F COM. LTDA	71	17/10/2009	2,33	126,40	2842
R&F COM. LTDA	72	31/10/2009	2,33	126,40	2856
R&F COM. LTDA	74	10/11/2009	2,33	126,40	2860
R&F COM. LTDA	75	10/11/2009	2,33	126,40	2862
R&F COM. LTDA	77	16/11/2009	2,33	126,40	2864
R&F COM. LTDA	76	16/11/2009	2,33	126,40	2866
R&F COM. LTDA	78	23/11/2009	2,33	126,40	2870
R&F COM. LTDA	82	07/12/2009	2,33	126,40	2872
R&F COM. LTDA	83	16/12/2009	2,33	126,40	2774
R&F COM. LTDA	84	16/12/2009	2,33	126,40	2776
R&F COM. LTDA	85	23/12/2009	2,33	126,40	2778
R&F COM. LTDA	86	07/01/2010	2,33	199,91	2880
R&F COM. LTDA	87	07/01/2010	2,33	192,22	2882

Em relação às Notas Fiscais retromencionadas, ainda que indevido o crédito à alíquota de 12% (doze por cento), legítimo é o aproveitamento do valor corretamente destacado, que deve ser mantido.

Via de consequência, deve ser excluído das exigências fiscais, o estorno correspondente às notas fiscais de R & F Comércio de produtos Florestais Ltda (fls. 2786/2882), ou seja, deve ser mantido o crédito regularmente destacado nestes documentos nos termos do art. 23 da Lei Complementar nº 123/06.

Desta forma, parcialmente corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mencionada lei.

Cabe resaltar que a referida multa isolada deve ser calculada levando-se em consideração o crédito total indevidamente apropriado.

Das Notas Fiscais Falsas/Ideologicamente Falsas

Sustenta o Fisco a apropriação indevida de créditos de ICMS nas aquisições de carvão vegetal acobertado por documentos fiscais declarados falsos e/ou ideologicamente falsos.

Desde a primeira fase da defesa, a Autuada alega que tais créditos não foram apropriados, uma vez que, por se tratar de produtores rurais mineiros, as operações ocorreram com o diferimento do ICMS.

O Fisco afirma que tais alegações são insubsistentes, pois o que ocorreu foi um erro formal, e que onde consta a expressão “aproveitamento indevido de crédito de ICMS de notas fiscais falsas e/ou ideologicamente falsas”, deveria estar escrito: “utilização de notas fiscais falsas e/ou ideologicamente falsas para acobertar a entrada de carvão vegetal”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entende o Fisco que o disposto no art. 92 do RPTA, sustenta o lançamento, uma vez que as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade.

Diante da afirmação do Fisco no sentido de que a real infringência foi “utilização de notas fiscais falsas e/ou ideologicamente falsas para acobertar a entrada de carvão vegetal.”, a Assessoria do CC/MG expediu a diligência de fls. 7.351/7.352, quando, em seu item 2 (dois) pediu a elaboração de termo de rerratificação do Auto de Infração de forma a alterar a acusação fiscal do item 2 (dois) do Auto de Infração, com a indicação da correta capitulação legal das infringências.

Em atendimento à diligência, o Fisco afirmou que a acusação fiscal e as infringências estão corretas (fls. 7.353), sem tomar providências para ajuste do lançamento.

No caso, é possível afirmar, com convicção, que as aquisições foram acobertadas com documentos fiscais declarados falsos e/ou ideologicamente falsos, o que até tem implicação no encerramento do diferimento, mas disso não decorre a acusação fiscal por aproveitamento indevido de crédito de ICMS.

Para sustentar a exigência do ICMS em tais casos (entrada desacobertada), é preciso trazer à discussão sobre a imputação de responsabilidade ao adquirente, e não foi isso que o Fisco buscou fazer.

Desta forma, não se pode falar em mero erro material, mas sim, em erro de direito, uma vez que o lançamento está fundado no art. 70, inciso V da Parte Geral do RICMS/02, que assim dispõe:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

V - a operação ou a prestação estiverem acobertadas por documento fiscal falso, ideologicamente falso ou inidôneo, salvo prova concludente de que o imposto devido pelo emitente foi integralmente pago;

(...)

Assim, diante da imputação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de notas fiscais declaradas falsas/ideologicamente falsas nos termos do art. 39, § 4º, inciso II da Lei nº 6.763/75, deve-se afastar as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, pois a acusação fiscal não se encontra de acordo com a verdade material, vez que não ocorreu a apropriação dos créditos, haja vista que as operações foram realizadas sob o amparo do diferimento do ICMS.

Contudo, a penalidade exigida a título de Multa Isolada permite a subsunção dos fatos ao tipo descrito na norma do art. 55, inciso XXXI, da Lei nº 6.763/75. Vide o texto da norma que dispõe sobre a penalidade exigida na peça fiscal.

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XXXI - por emitir ou utilizar documento fiscal falso ou ideologicamente falso - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação, cumulado com estorno de crédito na hipótese de sua utilização, salvo, nesse caso, prova concludente de que o imposto correspondente tenha sido integralmente pago;

(...) (Grifou-se)

É inegável que o tipo descrito na norma se refere à utilização de documentos fiscais falsos e/ou ideologicamente falsos, fato demonstrado e comprovado em toda a instrução processual.

Cabe destacar que a penalidade é de 50% (cinquenta por cento) do valor da operação, e sendo este de R\$ 5.718.234,39, esta multa isolada equivale a R\$ 2.859.117,19. A este valor deve ser somado aquele equivalente à Multa Isolada do art. 55, inciso XXVI, com os ajustes determinados pela decisão.

Mantida a decisão de excluir as exigências de ICMS e Multa de Revalidação relativo ao item 2 (dois) do Auto de Infração, mantendo-se apenas a Multa Isolada exigida, então pertinente e devida.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de substabelecimento. Também em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e Antônio César Ribeiro, que lhe davam provimento parcial nos termos do voto vencido. Pela Recorrente, sustentou oralmente o Dr. David Martins de Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior e José Luiz Drumond.

Sala das Sessões, 24 de agosto de 2012.

André Barros de Moura
Presidente

Fernando Luiz Saldanha
Relator / Designado